



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



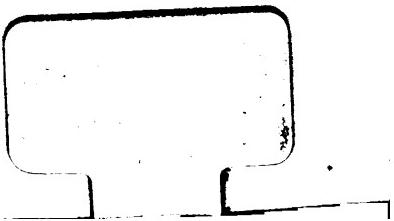
3 2044 097 770 242

LIPP

Beitrag zur Lehre vom
Tördecontract

1880

HARVARD LAW LIBRARY



Lipp

Germinal für Buch

612...

(31)

Beitrag

zur

Lehre vom Trödelcontract.

Von

Franz Lipp.

Von der hohen juristischen Facultät der Universität Heidelberg als
Inauguraldissertation angenommen.



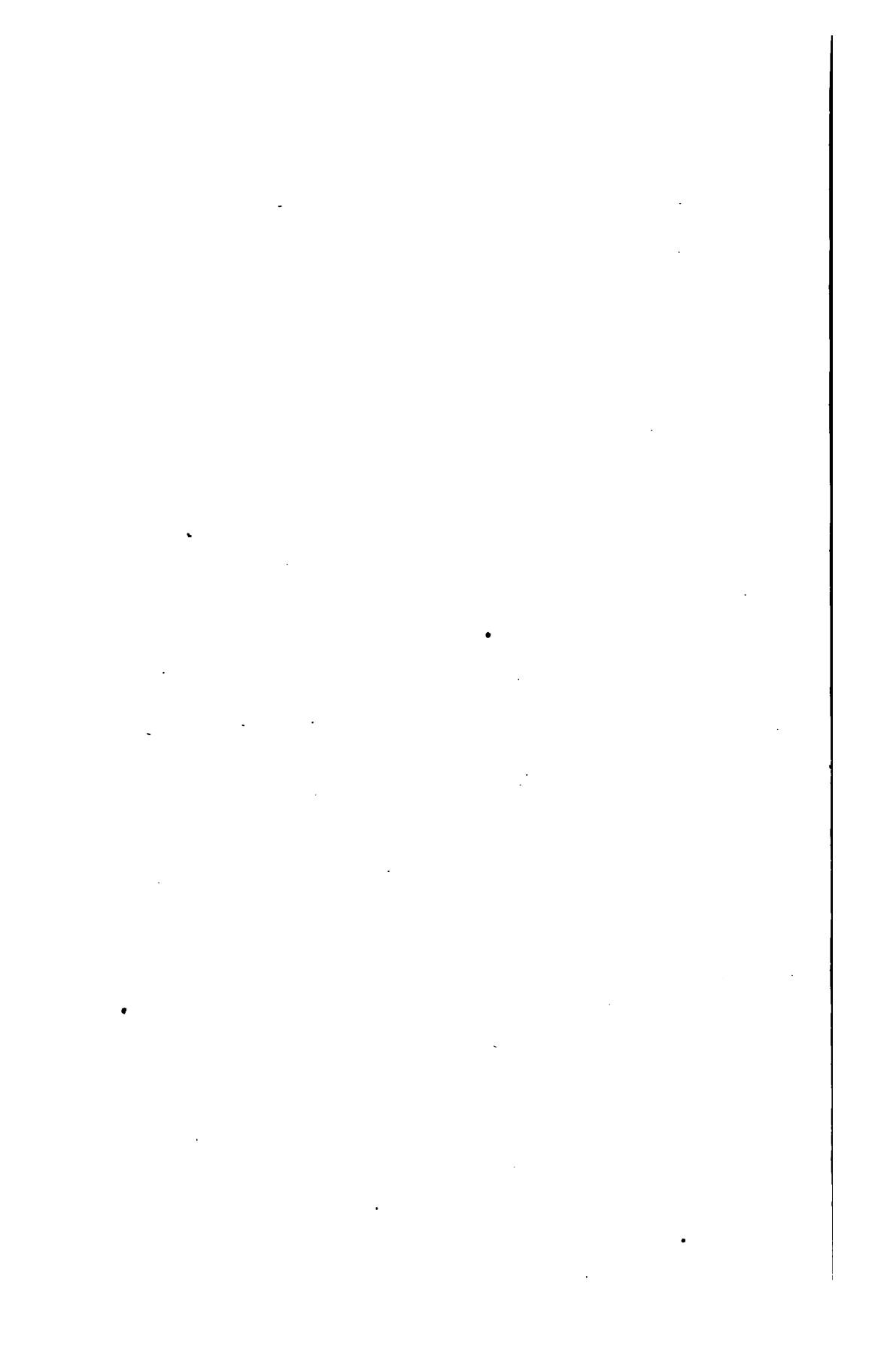
Heidelberg 1880.



B e i f r a g

zur

Lehre vom Trödelcontract.



X Beitrag

zur

Lehre vom Trödelcontract.

Von

Franz Sipp.

Von der hohen juristischen Sacultät der Universität Heidelberg als
Inauguraldissertation angenommen.



Heidelberg 1880.

+

72

NOV 8 1920

Den Mannen.

meines thenern Lehrers

Julius Amann

in Treue und Dankbarkeit

gewidmet.



Wenn Einer dem Andern eine Sache zum Verkauf hingibt, so kann das dadurch entstehende Rechtsgeschäft von verschiedener Art sein.

Ein Auftrag liegt vor, wenn der Verkauf der Sache im Interesse des Hingebenden geschieht, und der Empfänger für seine Bemühungen keinerlei Vergütung erhält.

fr. i. pr. D. de aest. (19, 3.) Ulpian:

«Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata uendenda datur, utrum ex uendito sit actio . . . an mandati?»

fr. i. § 4. D. mandati (17, 1.) Paulus:

«Mandatum, nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces . . .»

Ein Miethvertrag ist vorhanden, wenn für die Bemühungen des Empfängers eine Bezahlung ausgemacht ist.

fr. i. § 4. D. h. t. fährt fort:

«. . . interueniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.»

Dieser Miethvertrag hat den Charakter einer locatio conductio operarum, wenn die Dienstmietha als solche gedacht ist, oder einer locatio conductio operis, wenn die Bezahlung des Empfängers vom Zustandekommen des Verkaufs abhängig gemacht wurde.

fr. i. pr. D. de æst.

«... an ex locato, quasi rem uendendam locasse
uideor: an ex conducto, quasi operas conduxissem ...»

Ein Gesellschaftsvertrag ist dadurch eingegangen, daß
der eine die zu veräußernde Sache hergibt, der andere seine
Bemühung einwirft.

fr. 44. D. pro soc. (17, 2) Ulpian:

«Si margarita tibi uendenda dedero, ut si ea decem
uendidisses, redderes mihi decem; si pluris, quod excedit,
tu haberes: mihi uidetur, si animo contrahendae societatis
id actum sit, pro socio esse actionem.»

Es kann ferner auch ein Darlehen damit beabsichtigt
sein. So gibt Jemand, dem es im Augenblick an barem
Gelde mangelt, ein Wertpapier, einen kostbaren Gegen-
stand hin und bestimmt, daß der Empfänger den Erlös
aus dem Verkauf des Gegenstandes als Darlehen behalten
möge.

fr. ii. pr. D. de R. C. (12, 1.) Ulpian:

«Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego cum
non haberem, lancem tibi dedi, uel massam auri, ut eam
uenderes, et nummis utereris: si uendideris, puto mutuam
pecuniam factam.»

Möglich ist es jedoch, daß dieses Rechtsgeschäft der Hin-
gabe einer Sache zum Verkauf sich unter keinen dieser vier
genannten Verträge ohne Zwang unterbringen läßt. Dieser
Fall ist im dritten Titel des neunzehnten Buchs der Digesten
vorgesehen und rechtlich construirt.

Ulpianus lib. 32 ad Edictum:

Actio de æstimate proponitur tollendae dubitationis
gratia. Fuit enim magis dubitatum («ingens dubitatio» scr.
Hal.), cum res æstimata datur uendenda, utrum ex uendito
sit actio propter æstimationem: an ex locato, quasi rem
uendendam locasse uideor: an ex conducto, quasi operas con-
duxisset: an mandati?

Melius («*enim*» inscr. Uulg.), itaque¹ uisum est, hanc actionem proponi.

Quoties («*ut quoties*» scr. Hal.) enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis uerbis actionem («*datur æstimatoria præscr. uerb. actio: esse enim . . .*» scr. Hal.).

Est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.

§ 1. Æstimatoria autem periculum facit eius, qui suscepit: aut igitur ipsam rem dedebit incorruptam reddere, aut æstimationem, de qua conuenit.

§ 2. Paulus lib. 30. ad Edictum.

Haec actio utilis est, et si merces interuenit.

Ulpian schreibt in seinem 32. Buch zum Edikt:

„Die actio de æstimatorio ist zur Beseitigung von Zweifeln aufgestellt worden. Denn es fand ein großer Streit darüber statt, ob bei Abgabe einer taxirten Sache zum Verkauf wegen der Schätzungssumme die Klage aus dem Kauf Platz greife oder aus der Verdingung – wie wenn der Verkauf der Sache in Verding gegeben worden sei – oder aus der Dienstmiethe, als habe man die Dienste (des Empfängers) gemietet, oder endlich aus dem Auftrag. Es schien daher besser, die genannte Klage einzuführen.“

Denn so oft man über die Benennung eines Vertrags im Zweifel war, während man doch eine Klage geben mußte, kam man überein, die actio æstimatoria præscriptis uerbis zu geben.

Es ist nämlich ein Geschäft abgeschlossen, das unter freiem richterlichem Ermessen steht und durch diese actio geschützt ist. Aus diesem Grunde kommen auch alle Sätze

¹ Es wird wol mit v. Ihering zu lesen sein: «Meliusque ita uisum . . .»

der in Betrieb. Sie war der Zeit zuvor lange nicht aufgestellt waren.

3. Die Kosten über übernahm die Behörde auf den weiteren Betriebsdienst übernommen hat. Dieser muß auf die Seite ihres und zwar unverdorben zurückgestellt oder die zuständige Strafungsstelle verurteilt.

4. Die Strafe findet unangreifbare Bestrafung, nachdem sie fort gesetzelt ist.

Dieser ist das rechtliche Ende der Punzation war seit der Zeit der öffentlichen Strafzettel bis zur endgültigen Entfernung von Lederbrettern eingegangen.

5. Ist dieser begehrte Erledigungszeit im Betrieb oder Lederbrettdienst? Dies war er für die Strafe am ersten?

6. Wird im Sinne der Erledigung verurtheilt?

7. Wer ist Eigentümer, Veremtige, welcher die sie beauftragt zu kennende Sache zum Verzehrdestillat, oder Veremtige, welcher sie in Erziehung nimmt Strafe Verordnung?

8. Sofern der Erlediger für den muss und

9. Wie ist diese begehrte strafmilderungspraxis verhältnis zu denken?

Dann die zweite Frage durch die Drabs. Schrift. Drucks. XXXI. 124) heute in bestehendem Zustand beantwortet mit und die Fragen unter 1) und 3) durch die umfassende Abhandlung von Emano. Camponi in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht. Bd. I. Zena 1851* und durch die Artik. dieses Vertrages von Ildebr. Brini in seinem Schriftenbande strafmildender Ermauls, Bd. I. Erlangen 1852*. sowie in neuerer Zeit durch E. Lehrs. Mancinian und Eigenthumsstudien 1868* und durch die Artik. dieses Bandes von J. Becker in der Art. 2. Dr. Schr. X. S. 154 f. eine angemessene Erklärung und einzigartige Lösung gefunden haben, so erscheint dagegen die Frage:

Wer trägt beim sogenannten Trödelcontract
die Gefahr?
und die eng damit verbundene Controverse darüber,
Wie die sogenannte æstimatoria præscriptis
uerbis actio zu denken sei,
trotz einer Reihe von Lösungsversuchen bis heute noch als
offen geblieben.

Zweck dieses juristischen Versuchs ist es darum, auf Grundlage der Quellen und mit Berücksichtigung der ziemlich zahlreichen Litteratur für beide Fragen eine endgültige Antwort zu finden.

Vorläufig mögen an dieser Stelle außer dem schon oben citirten dritten Titel des XIX. Buchs der Digesten sämmtliche hierher bezüglichen Stellen wörtlich angeführt werden.

fr. 5. § 3. D. commodati (13, 6.) Ulpian :

«Et si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit.»

fr. 11. pr. D. de R. C. (12, 1.) Ulpian :

«... Quod si lancem uel massam sine tua culpa perdidis, priusquam uenderes, utrum mihi, an tibi perierit? quæstionis est. Mihi uidetur Nervae distinctio uerissima, existimantis, multum interesse, uenalem habui hanc lancem uel massam, necne, ut, si uenalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem uendendam, quodsi non fui («fuit» scr. F²) propositum hoc, ut uenderem, sed haec causa fuit uendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.»

fr. 17. § 1. D. de præscr. uerb. (19, 5.) Ulpian :

Si margarita tibi æstimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante uenditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit: si quidem ego te uendor¹ rogavi, meum

¹ te uendor? Schilling animadu. critt. spec. I. will uenditionem, Kuschke in Zeitschrift f. Civ. u. Pr. II. S. IV. S. 286: uenditum; es wird wol mit v. Vangerow uendendum zu lesen sein.

esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi præstes. Actio autem ex hac causa utique erit præscriptis uerbis.

Pauli Sent. recept. de com. et depos. II, 4. § 4.

Si rem æstimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, si quidem ego te de uendenda rogaui, meo periculo erit, si tu me prouocasti, tuo periculo erit.

Daz diese citirten Stellen einander widersprechen, ist bisher nicht bezweifelt worden. Während Ulpian in fr. 1: § 1. D. de æst. (19, 3.) die Gefahr schlechtweg dem Empfänger aufbürdet («æstimatione periculum facit eius, qui suscepit»), soll derselbe Ulpian in fr. 17. § 1. D. de præscr. uerb. (19, 5) und fr. 11. pr. D. de R. C. (12, 1.) in Übereinstimmung mit Paulus S. R. II; 4. § 4. den Unterschied gemacht haben, daz Derjenige, welcher den Anstoß zu dem Geschäft gegeben habe, die Gefahr tragen müsse. Bezuglich dieser letzten Unterscheidung scheint die Unterstellung von Cujas nicht gewagt, daz hier das Interesse am Geschäft (vgl. fr. 11. pr. D. cit.) wol identisch sein wird mit der Anregung dazu (Vgl. fr. 17. § 1. D. cit.).

Von der Zeit der Glossatoren an bis in unser Jahrhundert hinein ist nun immer und immer wieder das Unmögliche versucht worden, mit allen nur erdenklichen Interpretationskünsten diese einander direkt widersprechenden Stellen zu vereinigen. Und wenn schon ein Johannes, Azo, Roffredus u. a. sich mit Vorliebe auf fr. 17 cit. stützten und von diesem behaupteten, es gebe gegenüber fr. 1. § 1. cit. den Ausschlag, so sind ihnen so ziemlich alle älteren Civilisten, welche sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt haben, Huber, Voet, Lauterbach, Strijk, J. H. Böhmer, Brückner und selbst noch Glück gefolgt. (Siehe darüber Chambon an a. O. S. 60—74.) Nach der Ansicht dieser Schriftsteller — welche heute noch als

gemeine Meinung gilt — ist fr. I. § 1. cit. die allgemeine, unfertige Bestimmung, die nur so in Bausch und Bogen bei gewissen Verträgen, wo eine æstimatio in's Spiel komme, die Gefahr dem Eigenthümer zuspreche, während dagegen in fr. 17. cit. die speciellere und vollkommenere Bestimmung enthalten sein soll¹.

Es ist das Verdienst von Brinz, in seiner Kritik zu Chambon's Abhandlung ein- für allemal mit dieser althergebrachten Manier, in unversöhnliche Stellen einen übereinstimmenden Sinn hineinzuinterpretiren, endgültig gebrochen zu haben. Brinz hat das punctum saliens für die Lösung unsrer Aufgabe gefunden, indem er darauf hinwies, daß die Worte: Quotiens enim de nomine . . . dandam æstimatoriam præscriptis uerbis actionem eine „Ungereimtheit“ geben. Brinz hat dann versucht, zur Rettung dieser «æstimatoria» præscriptis uerbis den kranken Satz dadurch zu heilen, daß er auf Grund einer eingehenden Erörterung des Begriffs «æstimatio» und

¹ Die Entscheidungen unsrer Streitfrage durch die neueren Pandektiisten gehn nicht weit auseinander. Göschens Vorles., Bd. III. § 492, Mühlendruck, § 430, Vangerow, § 639 und Arndts, § 290 drücken sich also aus: der Trödler trage die Gefahr dann, wenn er die Veranlassung zur Eingehung des Vertrags gegeben habe. Andere fügen dem noch hinzu: „oder wenn er einen bestimmten Werth der Sache zu bringen versprochen habe“, so Thibaut, § 896 (7. Ausg.), Wening, § 192 (193). Puchta hat sich § 313 dahin erklärt: Sei der eigentliche Trödelvertrag eingegangen, wobei der Empfänger sich verpflichte, die Sache oder die æstimatio zurückzubringen, so trage er die Gefahr des Zufalls, dies sei so anzunehmen, wenn der Anstoß zu dem Geschäft von ihm ausgegangen sei. Unterholzner spricht sich so schwankend und unverständlich aus, daß man nicht erkennen kann, ob er der gemeinen Meinung beigetreten oder nicht. Sintenis II. § 118: „Der Trödler ist übrigens zur Verwahrung der Sache, wenn er nicht die Veranlassung zu dem Verhältniß gegeben, und den Eigenthümer dazu aufgefordert hat, nach allgemeinen Grundsäcken verpflichtet, hat er das aber gethan, so hat er auch für den durch Zufall eintretenden Untergang oder die Verschlechterung der Sache einzustehen.“ Windscheid, 4. Aufl. § 383: „Der Empfänger ist in dem Salle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, von aller Verpflichtung frei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist“. —

des «uendendum dare» in der citirten Stelle am vorderen Stück der Paraphrase actionem in æstimationem änderte.

Rudolf v. Ihering ist in seinem „Kritischen und Erogeischen Allerlei VII.“, Jahrb. für Dogm. XV. im Jahr 1876 zu demselben Resultat gekommen, wie Brinz anno 1852. Allem Anschein nach hat von Ihering diese Kritik des damaligen Privatdocenten an der Universität München nicht gelesen; er nimmt nämlich gerade wie Brinz Anstoß an dem citirten Satze, er versucht gerade wie Brinz dasselbe Mittel zur Heilung und kommt nach Einführung derselben Conjectur fast genau zu ebendemselben Resultat wie Brinz: daß doch unmöglich für das einzige uendendum dare «de æstimato» edicirt worden sein könne, und daß nach dieser Emendation anzunehmen sei, eine præscriptis uerbis æstimatoria sei für alle Fälle gegeben, wo ein æstimatorischer In nominat contract überhaupt vorliege.

Allein mit Recht hat Otto Karlowa in seinem Werke: „Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877“, Seite 250 ff. darauf hingewiesen, daß nach dieser Erklärung v. Ihering's, wonach die æstimatoria præscr. uerbis überall Platz greife, wo immer eine Sache gegeben wäre mit der alternativen Verpflichtung, entweder diese selbst zurückzuerstatten oder die Schätzungssumme zu bezahlen, der æstimatoria præscr. uerbis ein viel zu weiter Spielraum gewährt würde. Karlowa verweist dabei auf den Anfang der Stelle, wonach die æstimatoria nur für den Fall aufgestellt ist, cum res æstimata uendenda datur. Bloß ein Beispiel sei damit nicht gegeben, und ein solches aus den Worten quotiens und contractus alicuius zu folgern, erscheine unzulässig; denn mit dem Wort quotiens beginne gerade der Schlussatz, der so, wie er jetzt laute, nicht aus Ulpian's Seder geflossen sein könne, und es müsse daher vor Allem gefragt werden, ob nicht die Abweichung von dem, was Ulpian wirklich geschrieben, schon in den Worten quotiens und alicuius stecke.

Das ist meines Erachtens völlig richtig. Dass die Worte

quotiens enim . . . actionem zu dem Vorangegangenen nicht passen, steht außer Zweifel. Dort werden die Essentialia eines genau bestimmten Rechtsgeschäftes: cum res æstimata uendenda datur etc. in präciser Form aufgestellt, und für diesen Contract, den mit Auftrag, Mieth- oder Gesellschaftsvertrag zu verwechseln nahe lag, tollenda dubitationis gratia («et ne periclitatur actor ineptam actionem proponendo» scr. Glossa) eine actio de æstimato gegeben. Hier wird ein auf alle Fälle, wo eine æstimation in's Spiel kommt, ausgedehnter Gemeinplatz höchst verdächtigen Inhalts aufgestellt.

Es ist darum geboten, an dieser Stelle den Hebel der Textkritik anzusezen, jedes Wort, selbst das scheinbar unbedeutendste Partikelchen, auf die Wagschale zu legen und auf seine Echtheit hin zu prüfen. Vgl. v. Vangerow, Pand. I. § 22.

Abgesehen nun von der auffallenden Diktion, die mit Anfang dieses Satzes plötzlich in die indirekte Rede überspringt, abgesehen von dem seltsamen «conuenire», wofür Brinz conuenisset, v. Thering conuenierit vorgeschlagen, abgesehen daß für das quoties ein correspondirendes toties mangelt, abgesehen von der schlimmen Einschachtelung dieses ganzen Satzes, der unter dem Schein einer simplen Paraphrase des Vorhergegangenen mit einem unmotivirten «enim» auf den Anfang des Principium zurückgreifend eine erratiche Stellung im ganzen Titel einnimmt, kurz ganz abgesehen von allen Gründen grammatischer und syntaktischer Natur, stellen sich der Echtheit dieser Stelle schwere Gründe logischer Art entgegen¹.

¹ Es ist charakteristisch für die Schreibweise der classischen Juristen, als Exposition des ganzen Sätzes den Thatbestand hinzustellen. Wenn in demselben nicht schon die Frage nach der Entscheidung ruhte, so wurde sie, genau gefaßt, der Exposition sofort nachgeschickt. Als Schluß deckte dann regelmäßig die ebenso präcis ertheilte Antwort die bestimmt gestellte Frage.

Diese Regeln, welche aus der Gepflogenheit der römischen Juristen abstrahirt sind, treffen bei dem in Frage stehenden Satz gar nicht zu. Hier schiebt sich zwischen die beiden Sätze: actio de æstimato . . . an mandati? Meliusque ita uisum est, hanc actionem proponi. und Est enim negotium

Schon der Anfang des Satzes: quotiens enim de nomine contractus alicius ambigeretur . . . bringt ein starkes Stück juristischer Weisheit: „So oft über den Namen irgend welchen Contrakts Zweifel existiren, während man sich doch darüber verständigt hat, daß eine Klage gegeben werden müsse, muß die actio æstimatoria præscriptus uerbis geben werden“.

Also in allen nur erdenklichen Fällen, wo der Name eines Vertrags fehlt, stellt zur rechten Zeit die æstimatoria sich ein? Da hat v. Thering völlig Recht, wenn er von dieser Klage als einer „Allerweltsklage“ spricht, womit ein Kandidat im Examen überall, wo es sich nicht um einen Consensual- oder benannten Realcontrakt handelt, schlankweg dem Examinator aufwarten könne. Abgesehen davon steht mit der Annahme dieser „Allerweltsklage“ das Prinzip des Titels in seinen ersten Worten in unvereinbartem Widerspruch.

Und wenn wirklich dem Satze quotiens enim . . . ein besonderes Gewicht beizulegen ist, weil er – wie Brinz annimmt

civile gestum et quidem bona fide. unsere jedenfalls schwer corrumpte Stelle als Störenfried hinein. Auf sie paßt denn auch Wort für Wort, was Julius Amann in seinem Werke: „Grundsätze der heutigen Pandektenkritik, geprüft an der sogenannten lex Gallus, München 1877“ als die Kriterien für die Interpolationen der „Professoren“ Justinians, des Nähern angegeben hat:

„Die Sprache der Interpolationen erscheint meist unelegant, weit-schweifig und schleppend, die Konstruktion gutem Latein zuwider — durch-schnittlich hat ihr juristischer Gehalt nur ganz geringen oder gar keinen Werth. Denn sehr oft wird in denselben, nur ohne alle Prägnanz und Schärfe, vollkommen das Gleiche gesagt, was schon im ursprünglichen Text ausgedrückt ist, oder der hier niedergelegte Gedanke durch sie überflüssiger- oder unrichtigerweise eingeschränkt oder ausgedehnt; oder es wird darin ein neuer Fall gebracht, dessen Entscheidung eine offenbar ungenaue oder falsche Begründung gegeben. Ja hin und wieder wird durch sie die sprachliche wie die Gedankenverbindung, welche die Kompilatoren offensichtlich zwischen einzelnen Fragmenten hergestellt hatten, vollkommen unterbrochen.“

Siehe das cit. Werk Amann's. S. V. ff. der Einleitung, und v. Brinz, Krit. v. J.-Schr. II. S. Bd. II. S. 187 und 188.

— allem Anschein nach Worte des Edikts enthalte, so darf man die Consequenz dieser Annahme nicht scheuen, sondern muß die æstimatoria nicht bloß bei Innominatecontracten mit Æstimation, worin von einem uendendum dare nicht die Rede ist [fr. 20. pr. D. (19, 5.) und fr. 8. D. h. t.], sondern überhaupt überall da anwenden, wo eine Sache gegeben worden mit der alternativen Verpflichtung: entweder die Sache zurückzugeben oder ihre æstimatio zu leisten.

Allein gerade diese Ansicht v. Thering's, welcher mit einer solchen æstimatoria eine „Lücke“ in den Quellen ausfüllen zu müssen behauptete (fr. 7. § 5. D. [24, 1.] — fr. 5. § 3. D. [13, 6.] — fr. 13. D. [48, 18.] und Pauli S. R. V. 16, 3. — fr. 52. pr. D. [24, 1.] — fr. 54. § 2. D. [19, 2.] und fr. 10. § 6. D. [23, 3.]), ist durch Karlowa a. a. O. Seite 251 und 252 schlagend widerlegt worden.

Serner: was hat das conueniret tamen aliquam actionem dari... zu bedeuten?

Wie oben schon bemerkt, will Brinz für conueniret — conuenisset gesetzt haben, findet aber, daß das conueniret als Übereinkunft von Paciscenten besser paßt, als ein placet der Juristen. Aber ich frage: kann an dieser Stelle von Paciscenten die Rede sein? Kann ein Paciscent beim Vertragschluß zum Schutz seines Anspruchs unter Zustimmung des andern Paciscenten plötzlich eine Klage creiren, welcher er dann den volltönenden Namen «æstimatoria præscriptis uerbis actio» beilegt?

Oder sind es etwa die Juristen, die sich „vereinbaren“? Es sieht fast so aus, als ob diese sich nur zu vereinigen hätten, um da, wo sie es für nöthig hielten, eine Klage zu geben und dem Prætor die Hände zu binden («dandam actionem»), während doch nur der letztere die entscheidende Gewalt hatte. Allein auf ihn paßt das «conueniret» auch nicht; denn er braucht sich mit Niemand zu verständigen. v. Thering will darum das conueniret in conuenerit: „Man ist darüber einig“

— verwandeln. Diese Änderung ist keine bedeutende und wird neben der Billigung der Philologen selbst die Huschke's erhalten; allein ich fürchte nur, daß sie wenig hilft. Schon Brinck hat a. a. O. S. 43 zugegeben, daß „Zweifel was für ein Contract“ einerseits, und „Entschiedenheit, daß doch irgend eine Klage“ andererseits, sehr für sich stimmen; allein möchte nicht gerade das die Schreiber selbst „gestimmt“ haben? Genauer betrachtet ist nämlich dieser Gegensatz («tamen») nicht nur nicht scharf, sondern lahm. Ist einmal ein contractus da, so versteht sich das Dasein einer Klage von selbst.

Warum ist man denn einig, daß bei „irgend welchen Verträgen, die eines Namens entbehren“, als Klage gerade die æstimatoria gegeben werde? In solchen Sälen reichte ja nach fr. 1—5. D. de præscr. uerb. (19, 5.) die gewöhnliche actio in factum aus. Wozu soll da noch in gewissen „specielleren“ Sälen zu dieser actio præscriptis uerbis, womit der Kläger vollkommen durchdringt, noch der Zusatz «æstimatoria» treten?

Aus dem Namen läßt sich nichts erklären. An ein æstimare des Richters, wie die Glossa annimmt, ist schlechterdings nicht zu denken. Es stand ja in der richterlichen Besugniß eine æstimatio festzusetzen bei allen Klagen, die nicht auf Geld gingen; in diesem Sinn waren alle Klagen æstimatoriae.

Anton Saber (Rationalia in Pand. ad l. 1. D. [19, 3.]) hat schon die Schwierigkeit einer zutreffenden Erklärung dieser Stelle herausgefühlt, und darum in Übereinstimmung mit Franciskus Kotomannus (Obseruat. lib. V. cap. 16.) das Wort «æstimatoriam» „als die Glossa eines unvissenden Interpreten“ gestrichen. Schulting schließt sich in den notae ad Pand. III diesen beiden an, wenn er sagt: «æstimatoriam» a mala manu esse censem quoque Schulting Thess. controu. Dec. 73. Wilhelm Nikolaus van Zevenhoven (Diss. de dubia quarumd. leg. lectione. cap. I. Lugd. Batav. 1740) will für «æstimatoriam», zugleich als sprachliche Verbesserung des Satzes, existimarunt lesen.

Aber mit dieser Ausmerzung des Wortes «æstimatoriam» ist gar nichts gethan. Wie käme dann dieser Satz, welcher für gewisse Rechtsgeschäfte, bei welchen eine æstimatio vorhanden, die einfache actio præscriptis uerbis geben soll, unter den Titel «De æstimatoria»? Doch nicht als eine halbe lex fugitiua, die sich mit dem Eingang des Principium (actio de æstimatorio proponitur) in Collision sezen wolle?

Christian Friedrich Glück hat denn auch in seinem Commentar Bd. XVIII Abth. 1 das bedrohte Wort in Schutz genommen durch Hinweis auf die Erklärung des Accursius, welcher den seltsamen Doppelnamen also verstanden wissen will: dandam esse præscriptis uerbis actionem, quae in hoc casu æstimatoria appellatur. Nach Glück, dem hierin viele der neueren Pandektisten gefolgt sind (so v. Vangerow, welcher die æstimatoria für die erste actio præscriptis uerbis hält, ohne jedoch Gründe dafür beizubringen), ist demnach

„der Beisatz æstimatoria nur eine adiectitia qualitas, wodurch die Eigenschaft der actio præscriptis uerbis ausgedrückt wird, welche von der diesem Contracte wesentlichen Ästimation hergenommen ist, aber kein nomen contractus heißt“.

Etwas Ernsthaftes lässt sich da weder für noch wider eine solche Rettung des Wortes «æstimatoriam» (das an sich als Name für die in [19,3] gegebene actio gewiss nicht anzusehen wäre) vorbringen, und wenn nicht stärkere Gründe als dieser von Glück gegebene für die Selbständigkeit des ganzen Titels «De æstimatoria» sprechen würden, so müßte man — die Echtheit des ganzen Satzes quotiens enim . . . actionem vorausgesetzt — mit Hotmann, Saber, Schulting und Sevenhofen das Wort «æstimatoriam» allerdings ausstoßen; denn die Nachbarschaft desselben, der Zusatz «præscriptis uerbis», bedroht am meisten seine Existenz.

Ich glaube aber, und dazu hat mich Johann Ernst Slörke durch seine «dissertatio de contractu æstimatorio tanquam con-

tractu nominato. Halae 1756» angeregt, daß dieser Zusatz «præscriptis uerbis» jedenfalls falsch ist, und ich möchte — wenn man mir die Ausmerzung des ganzen Sakes quotiens enim . . . actionem nicht gestattet — subsidiär wenigstens diese zwei Worte unter allen Umständen gestrichen haben.

Gegen ihre Gültigkeit wenden sich feindlich alle Gründe, welche direkt oder indirekt für die «æstimatoria» überhaupt sprechen.

Wenn diese actio æstimatoria im Wesen nichts anderes als eine actio præscriptis uerbis gewesen wäre, so wäre es schlechterdings unbegreiflich, wie die Compilatoren dieser æstimatoria einen besondern Titel in den Digesten hätten einräumen können. Bei aller Geringschätzung der Art, wie Tribonian mit seinen sechzehn Gesellen bei Zusammenstellung der justinianischen Gesetzbücher verfahren ist, bei aller Berücksichtigung der vielen durch die Abschreiber der Pandekten verschuldeten Corruptionen des Textes und bei aller Hochachtung vor der modernen Conjecturalkritik: das läßt sich zur Rettung dieser in (19, 3) aufgestellten præscr. uerb. actio denn doch nicht annehmen, daß zwei, von zwei verschiedenen Juristen stammende, genau zu einander passende Fragmente, welche ein scharf präzisiertes Rechtsgeschäft zum Inhalt haben und welche der zum Schutze dieses Rechtsgeschäfts gegebenen actio præscriptis uerbis halber unter dem fünften Titel des neunzehnten Buchs der Digesten gestanden haben müssen oder dorthin zu stehen kommen sollen, bei der Redaction der Pandekten oder dem späteren Abschreiben der Handschriften in's Wandern gekommen wären, um sich an einer andern, genau bestimmten Stelle der Digesten, zwischen dem Titel über die Miethe und dem über den Tausch, unter eigener Sirma selbständig niederzulassen.

In dieser Streitfrage geben für mich zwei handschriftliche Lesarten den Ausschlag:

Die Slorentina hat als Überschrift für den dritten Titel des XIX. Buchs die drei Worte: De æstimatoria actione.

Die Basiliken behandeln in ihrem neunten Titel des XIX. Buchs den Trödelcontract wie folgt:

Περὶ πράγματος ὃν πὸ διατίμησιν διδομένου τινὶ ἐν πράσει.

"Οτε διαπωλήσαι δοθῇ τινὶ ὃν πὸ διατίμησιν πρᾶγμα χώρα τῇ περὶ τῆς διατίμησεως συμφωνίᾳ, ήτις ἀρμόσει, ὅσάκις ἀγωγῆς διδομένης ἀμφιβάλλεται τὸ ὄνομα τοῦ συναλλάγματος. πολιτικὸν γάρ καὶ καλῇ πίστει ὅπεστι συνάλλαγμα. διὸ καὶ πάντα τὰ τῶν καλῇ πιστεῖ ἀγωγῶν ἐνταῦθα τραχταίξεται. ή δὲ διατίμησις ποιεῖ τὸν κίνδυνον τοῦ λαμβάνοντος καὶ χρεωτεῖ ἀποδοῦντα τὸ πρᾶγμα ἀκέραιον, ή τὸ συμφωνηθὲν τίμημα¹.

2.] καὶ διτὶ ή διατίμησις ποιεῖ τὸν κίνδυνον τοῦ λαμβάνοντος καὶ εἰ μὴ δώσει τὸ πρᾶγμα δίδωσι τὴν διατίμησιν¹.

Hier ist sowol im griechischen als auch im lateinischen Texte weit und breit nichts von einer actio præscriptis uerbis zu sehen; die Klage, welche hier gegeben, ist die aus dem Trödelcontract schlechtweg: actio de æstimatione.

Erst einem Scholion von Fabrotos II. 396 war es vorgennt, zu der Stelle: τῇ περὶ τῆς διατίμησεως συμφωνίᾳ in classis Griechisch als Erklärung beizufügen: Τῇ πραεσκρίπτοις βέρβοις τῇ λεγομένῃ αἰστιματορίᾳ.

Es ließe sich hier einwenden, daß diese actio æstimatoria

De re, quae aestimata ad uendendum alicui data est.

Cum res æstimata uendenda alicui datur, locus est conuentioni de æstimato, quae competit, quoties data actione de nomine contractus ambigitur. Nam ciuilis et bonae fidei contractus subest. Quamobrem et omnia, quae in bonae fidei iudicii, hic tractantur. Æstimatio autem periculum facit accipientis, isque rem integrum reddere debet, vel æstimationem, de qua conuenit.

Æstimatio periculum facit accipientis, et si rem non præstet, dat æstimationem.

¹ Hier ist zu bemerken, daß diese beiden Sätze fast mit gleichen Worten dem Empfänger das periculum aufbürden.

præscriptis uerbis, weil in Justinian's Institutionen erwähnt, jedenfalls zu Recht bestanden, und darum der Zusatz «præscriptis uerbis» als echt nicht anzutasten sei.

§ 28, J. de act. (4, 6) enthält nämlich in der Aufzählung der bonae fidei actiones den Satz:

ex emto uendito, locato conducto; negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi diuidundo, præscriptis uerbis, quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit et hereditatis petitio.

Die Worte præscriptis . . . proponitur sind bis heute allerdings als Bezeichnung eines Begriffes, eben jener in dem zweiten Satze von (19, 3) aufgestellten *actio æstimatoria præscr. uerbis* aufgefaßt worden.

Aber so muß diese Stelle nicht interpretirt werden; sie erlaubt auch eine andere Auslegung: der Satz præscriptis uerbis kann so gut wie die vorangehenden kurzen Benennungen: familiae erciscundae und communi diuidundo als ein selbständiger Begriff aufgefaßt werden im Sinn der Sätze, wofür die Compilatoren der Digesten den fünften Titel des XIX. Buchs geschaffen haben, — und der Satz: quae (sc. *actio*) de æstimato proponitur läßt sich gerade so wie die nachfolgende Bezeichnung quae ex permutatione competit als ein selbständiger Begriff auffassen im Sinn jenes Rechtsgeschäfts, welches die Compilatoren im dritten Titel des XIX. Buchs behandelt haben und dessen Principium genau so lautet («*actio de æstimato proponitur*») wie die cit. Stelle.

Welches die richtigere Interpretation dieser Stelle ist, darüber wird der Schluß dieser Abhandlung die Entscheidung geben; soviel aber steht jetzt schon fest, daß § 28 J. cit. dem Strich der Worte «præscriptis uerbis» in unserem kritischen Satze quotiens enim . . . actionem nicht mehr entgegenstehe.

Wenn ich zum Schluße noch anfüge, daß v. Hering a. a. O. das Wort «aliquam» vor actionem unter allen Um-

ständen für nicht bloß überflüssig, sondern als geradezu der Bestimmung dandam *aestimatoriam . . . actionem* durchaus widerstreitend eliminiert, und daß wol Niemand den Untergang des Wortes «*alicuius*» hinter de nomine *contractus* beklagen wird, so erhellt aus dem Mitgetheilten zur Genüge: daß in diesem ganzen Satze Alles so morsch ist, daß auch nicht ein Wort mehr hält.

Da nun in diesen Worten *quotiens . . . actionem*, wie sie der Text der *Slorentina* zeigt, kein vernünftiger Sinn zu finden ist, da auch, wie die Prüfung der seitherigen Erklärungsversuche beweist, dieselben als verfehlt erscheinen, da ferner das durch die Emendationen und Textänderungen gewonnene Resultat ebenso unbedingt verworfen werden muß, da endlich die folgenden Ausführungen Ulpian's mit diesem Satz in schroffen Widerspruch treten: so ist meines Erachtens dieser ganze Satz als unecht anzusehen, der (etwa als Interlinearglosse [vgl. z. B. Mommsen's Digesten, Bd. I, Beilage 1, Parisinus (P.) 4450 fr. 68 D. (3, 3) und Patavinus (U.) 941 ibidem]) von der Hand eines Interpreten herrührt, der weder der lateinischen Sprache völlig mächtig, noch fähig war einen juristischen Gedanken scharf zu fassen.

Mit dem Strich dieser heillosen Interpolation¹, woran schon genug Mühe und Zeit verschwendet worden, lösen sich

¹ Über die Frage, wie überhaupt Interpolationen in den Digestentext Eingang gefunden, existiren eine Reihe oft weit auseinander gehender Ansichten.

R. v. Thering hat in seinen Jahrb. für Dogm. Bd. XII. S. 330 die Behauptung aufgestellt, daß sich schon „in dem handschriftlichen Material, das Justinian's Compilatoren vor sich hatten, Fehler befunden haben, die durch leichtere legalisirt, von den Basiliken in unsren Handschriften übereinstimmend fortgespant worden sind“.

Unwahrscheinlich ist meines Erachtens diese Behauptung v. Thering's keineswegs. So liegen zwischen dem Tode des Domitius Ulpianus (228 n. Chr.) und der justinianischen Codification über dreihundert Jahre; — und es wäre geradezu wunderbar, wenn sich im Laufe dieser langen Zeit nur mehr die kleinen Versehen und gewöhnlichen Slüchtigkeitsfehler, welche den Abschreibern

die S. 9 aufgeworfenen Fragen leicht und einfach, und ich will die Resultate meiner ganzen Arbeit gleich hierher setzen:

1. Beim sog. Trödelvertrag trägt der Empfänger unter allen Umständen das periculum.

2. Die actio de æstimato (æstimatoria) hat mit den actiones præscriptis uerbis nichts zu schaffen.

auf Rechnung zu setzen sind, in den Text der Handschriften eingeschlichen hätten; war doch „die Wissenschaft, in welcher der alte Römergeist seine höchsten Triumphe gefeiert“, gerade in jener Zeit so tief gesunken, daß die Bildung der Richter nicht einmal mehr ausreichte, sich bei widersprechenden Ansichten der classischen Juristen ein selbständiges Urtheil zu bilden, und darum der Kaiser Valentinian III. mit seinem merkwürdigen Citirgesetze zu Hülfe kommen mußte.

Wie viele schwere Irrthümer und grobe Verstöße gegen den richtigen Sinn der classischen Rechtsfälle, die man nicht mehr erfassen konnte, mögen da in der Form von Paraphrasen und Interpretationen aus Randglossen in den Text der Manuscrite gekommen sein, sich von Handschrift zu Handschrift vererbt haben, um endlich in den Digesten unter falscher Slagge neben den Goldkörnern classischer Jurisprudenz ein bisher ungestörtes Dasein und verdiente Achtung zu genießen! —

Die Ansicht von Ernst Kuschke („Zur Pandektenkritik, ein Versuch sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zurückzuführen, Leipzig 1875“) geht dahin, „daß die wichtigsten Textesfehler schon der ersten Zeit, sei es nach Publikation der Digesten oder gar schon während ihrer Absaffung, ihren Ursprung verdanken“. Kuschke stützt seine Ansicht mit einer Reihe von Gründen, die meines Erachtens zum Theil direkt oder indirekt auch zu Gunsten der v. Iheringschen Hypothese sprechen: Von jeher hätten die Römer zur Sicherung zuverlässiger Texte ihrer Gesetzesurkunden geringe Sorgfalt verwandt (Cic. de legibus 3, 20. 46); die Schriften der Rechtsgelehrten seien als der gewöhnlichen Litteratur angehörig auch nach dem Citirgesetz nicht einmal einer Art von öffentlicher Controle unterworfen gewesen, und endlich sei die Vervielfältigung des justinianischen Rechtsbuches gerade wie die Werke der classischen Juristen lediglich der Privatindustrie überlassen worden.

Als oberster Grundsatz, auf welchen Kuschke die Pandektenkritik „zurückzuführen“ sucht, ist der hervorzuheben: „daß gelehrt auf den Sinn bezügliche Interpolationen, besonders durch Zusätze, in ihnen nicht vorausgesetzt werden dürfen“. Kuschke folgert dies insbesondere aus der Eile, in welcher die ersten Abschriften angefertigt werden mußten. Denn zwischen dem Publikationspatent des Kaisers vom 16. December 533 und dem 30. December desselben Jahres, da die Institutionen wie die Pandekten in Kraft treten sollten, lagen nur vierzehn Tage. Daß diese vierzehn Tage, auch

Gerade das Charakteristische der æstimatio besteht darin, daß sie bei allen Contracten, wo sie auftritt, den Übergang der Gefahr auf den Empfänger bewirkt. (Vgl. Chambon a. a. O. S. 10—33.) («æstimatio quippe vera venditio» scr. Glossa ad [19, 3]).

Als Hauptfälle aus den Quellen sind hier anzuführen:

wenn man über ein heer von Schreibern gebot, nicht hinreichten, auch nur die Gerichtsbehörden des Reiches (dasselbe umfaßte damals 64 Provinzen und 953 Städte, Gibbon, Gesch. cap. 40, Ann. 54), geschweige die Advo-katen, die reichen und vornehmen Privatleute, vor Allem die Tausende von Studenten auf den Rechtsschulen, mit Exemplaren zu versehen, liegt auf der Hand. Längere Zeit vor der Publikation können diese Abschriften nicht zu Stande gekommen sein, da ihre Abfassung erst am 17. December 530 befohlen und nach des Kaisers eigener Äußerung nach drei Jahren vollendet wurde. „So führte die eitele Ruhmsucht des Kaisers noch in demselben Jahr, in welchem er soeben nach Friedensschluß mit den Parthern Afrika von den Vandalen dem Reiche wiedergewonnen hatte, sich auch als Wiederhersteller der Rechtsordnung in demselben zu preisen, nothwendig zu einer schlaudrigen Darstellung des neuen Rechtsbuchs in den davon unter der stillschweigenden Parole sat bene, si sat cito verbreiteten Abschriften“, um eben deswegen aber zu keinen Zusätzen oder Einschreibungen, wie sie selbst Mommsen bei dem Korrektor der Florentina und in der Basiliikenrecension „in sehr ausgedehntem Maße“ angenommen. — Schließlich kommt Huschke zu der Behauptung, daß er das äußerste Hilfsmittel philologischer Kritik: etwas Unstößiges, wenn man sich anders nimmer zu helfen wisse, zu streichen, „wissenschaftlich“ für überhaupt unzulässig erachte.

Bei dieser Erklärung der in den Digesten vorhandenen Interpolationen hat Huschke — ganz abgesehen von dem letzten rigorosen Satz, der sich wohl kaum halten läßt — Annahmen gemacht, denen meines Erachtens nicht leicht zugestimmen ist.

So sollen die viele Jahrhunderte alten Werke der classischen Juristen in durchaus von Zusätzen und Interpolationen freien Handschriften anno 530 auf die Redaktoren der Digesten gekommen sein. Dagegen spricht alle Wahrscheinlichkeit. Schon Hugo hat in seiner Rechtsgeschichte, 7. Auflage § 320, den Argwohn geäußert, daß die Compilatoren den Q. Mucius Skavola „vielleicht nur aus der zweiten Hand benützen, und sich das Ansehen gaben, als ob sie ihn selbst vor sich gehabt hätten“. Dirksen (civilistische Abhandl. 1820. S. 201, 206—210, 229) stimmt nicht nur in diesen Argwohn ein, sondern behauptet sogar, „das Bestreben der Compilatoren, Excerpte aus zweiter Hand zu gewinnen, sei ein der ganzen Pandektencompilation charakteristischer Zug“. Letztere Annahme ist begreiflich genug.

fr. 5. § 3. D. Com. (13, 6) Ulpian:

«— si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit.»

Hier spricht Ulpian in denkbar allgemeinstter Weise dem Empfänger einer abgeschätzten Sache alle und jede Gefahr zu.

fr. 54. § 2. D. Locati (19, 2) Paulus:

Zugegeben, daß die Commission, welche die Pandekten compilirte, aus den scharffinnigsten und fleißigsten Juristen bestand, die Justinian in seinem ganzen Reiche hatte: man hat diesen sechzehn Gelehrten Übermenschliches zugemuthet: innerhalb dreier kurzer Jahre die Werke von neununddreißig Schriftstellern, etwa zweihundertundfünfzig Schriften mit drei Millionen Reihen (versus) durchzuarbeiten, zu sichten, Veraltetes auszufcheiden, das noch Brauchbare zu excerpiren und zu einem einheitlichen Ganzen zusammenzustellen; — d. h. die Produkte eines unter dem Einfluß der verschiedensten Culturepochen innerhalb eines Jahrtausends sich allmälig entwickelnden Rechtes, die Schriften, die ein Skavola, ein Papinian mit unerreichter Prägnanz des Ausdrucks geschrieben, die Julian, der scharffinnigsten Einer, verfaßt, die umfangreichen Werke eines Paulus und Ulpian mit den vielen Citaten älterer Juristen, sie alle sollten in möglichster Eile auf ein Zwanzigstel des alten Umfangs reducirt und zu einem neuen Ganzen vereinigt, die Entscheidungen eines Salles durch drei und vier Juristen, die in verschiedenen Jahrhunderten lebten, sollten oft zu Einer Entscheidung in Einen Satz gezwängt werden. Das konnte in der damaligen Zeit, wo es noch keine historische Forschung gab und jeder staatliche, stiftliche, ökonomische Verband mit dem alten Rom vollständig gelöst war, unmöglich ohne eine Menge der schwersten Irrthümer, Übersehen, Versekgungen, Redactionsfehler aller Art, ohne gezwungene, unmotivirte Übergänge, Auslassungen und Einschiebungen abgehen.

Es sind darum wol unter den emblemata Triboniani viel tiefer greifende, viel mehr einschneidende Veränderungen des Textes zu verstehen, als man bisher angenommen (s. Bluhme, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 4. 1820. S. 257 ff.).

Eine eigenthümliche Stellung zu den beiden genannten Hypothesen nimmt Julius Amann (a. a. G.) ein: während Kuschke gar keine Interpolationen, höchstens ganz außerordentlich wenige und nur kurze „Textesfehler“ annimmt, findet Amann dieselben massenhaft und in einem Umfange, an welchen von den bisherigen Streichungen keine hinantreicht. Und wenn Theodor Mommsen in præf. S. 55 zum ersten Band seiner Digestenausgabe der Ansicht ist, daß die Pandekten in viel reinerem Zustande als die meisten anderen lateinischen Manuskripte auf uns gekommen sind, so erklärt sich Amann für das gerade Gegentheil, weil nirgendwo anders die Veranlassung

« Paulus respondit: Servus, qui æstimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit; et ideo æstimationem huius defuncti ab herede colonae præstari oportere.»

Hier ist der zweite Satz: ideo . . . oportere von besonderer Bedeutung. Paulus fragt, ob der Skolon die Gefahr für einen ihm beim Pachtabschluß taxirt übergebenen Sklaven trage, bejaht die Frage und fährt fort: „es muß darum für den Sklaven, wenn er gestorben ist, die Taxe bezahlt werden“. Es wird demnach zunächst der abgeschätzte Sklave in natura vom Skolonen gefordert und die Taxe erst dann, wenn der Skolon diesen selbst zu liefern nicht mehr im Stande ist.

zu Fälschungen so groß gewesen als eben hier. Söhrt v. Thering seine Emendationen auf vorjustinianische Handschriften zurück, so legt Amann alles den nachjustinianischen „Professoren“ zur Last, deren Paraphrasen und Ausführungen nicht bloß Einschreibsel innerhalb der Paragraphen, sondern ganze Paragraphen zur Folge gehabt hätten.

Man hat diese Amann'sche Ansicht vom Zustand des Digestentextes, welche so energisch das Mittel des Streichens predigt, als viel zu weit über das Maß philologischer Kritik hinausgehend bekämpft (so Joh. Merkel, Jen. Litt.-Zeitung 1879. Nr. 3, ohne allerdings etwas Nennenswertes dagegen vorzubringen), hat dabei aber völlig übersehen, daß Amann's Emendationen in den Digesten sich z. B. mit denen des Philologen Ritschl in den Dramen des Plautus, was Menge des ausgeworfenen Stoffs, Kühnheit in der Änderung oder Umstellung der einzelnen Stellen anlangt, in keiner Weise messen können.

Über die Zulässigkeit von Streichungen im Pandektentext überhaupt hat sich ein Berufener, nämlich A. v. Brinz, in der Krit. V.-J.-Schr. II. S. 188 dahin ausgesprochen, daß man sich gegen Streichungsanträge nicht von vornherein, wie das Kuschke thut, verschließen dürfe. „Die Konjektur kann erst anfangen, wo die Beglaubigung aufhört; die Streichung ist aber nicht mehr Konjektur als jede andere. So groß unser Vertrauen in den Zusammenhang und die Schlüffigkeit der classischen Jurisprudenz ist, so berechtigt und nothwendig ist die Konjektur überall, wo wir uns vom Gegenteil des Zusammenhangs, der Richtigkeit und Schlüffigkeit unsres Pandektentextes überzeugt haben. Aus dem Inhalte dieses Textes selbst muß es sich ergeben, ob die Konjektur bis zur Streichung vorgehen darf.“ —

Die Zeit der ~~er~~ Gefahr ist
die Zeit der ~~er~~ Freiheit. D. (19. 2.) Par-

te des ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind uns diese, und die
Zeit der ~~er~~ Gefahr unter den Pa-
renten ist eine ~~er~~ Zeitspanne der Gefahr auf
der Erde. Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen. Com-
munity. Sie sind ~~er~~ Menschen. Die Erde wird
die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen — eine Kämpfer,
die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen sind die Söhnen
der ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen. Sie sind die Söhne
der ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen zum perfe-
ctum. Sie sind ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen ist daher der W-

ort der ~~er~~ Menschen.

Die ~~er~~ Menschen sind ~~er~~ Menschen.

in Übereinstimmung mit c. i. C. cit. insbesondere c. io. C. bidem:

«Cum dotem te æstimatam accepisse profitearis, apparet iure communi per pactum, quod doti insertum est, formato contractu ex emto actionem esse. Quis enim dubitet, æstimationem a te mulieri deberi, cum periculo tuo res deteriores fiant, uel augmenta lucro tuo recipiantur?»

2) Ganz dieselbe Folge, welche die æstimatio bei der dos hat, wird auch in dem Fall angenommen, wo der Pächter das Gutsinventar abgeschäfft übernimmt.

fr. 3. D. locati (19, 2.) Pomponius:

«Cum fundus locetur, et æstimatum instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid æstimatum in dotem daretur».

3) Dieselbe Wirkung der æstimatio ist beim Commodat unbezweifelt, beim Depositum mindestens wahrscheinlich.

fr. 7. § 5. D. (24, 1.) Ulpian u. fr. 52. D. cit. Papinian.

Auf Grund des bisher Entwickelten stellen sich folgende Sätze als Ergebnisse fest:

I. In dem Fall, wo der Empfänger eine æstimirte Sache schlechtweg übernommen hat, trägt er die Gefahr.

II. In dem Fall, wo der Empfänger eine Sache, welche ihm uenditionis causa æstimata übergeben worden, einmal übernommen hat mit der Verpflichtung,

a) zunächst die Sache und erst bei Untergang derselben die æstimatio zu leisten,

oder aber:

b) die æstimatio und nur diese zu leisten,
hat er für die Gefahr einzustehen.

Wenn nun schon in dem letzten Fall, wo der Empfänger unter allen Umständen, gleichviel ob er die Sache, welche ihm uenditionis causa æstimata übergeben worden, an den Mann bringt oder nicht, die Care dem Autor überbringen muß, er

also eines möglichen Gewinnes halber das periculum zu tragen hat, um wieviel mehr muß da der Empfänger die Gefahr tragen in dem für ihn ungleich günstigeren Fall, wo er betreffs der Rückgabe die Wahl hat zwischen dem Object in natura oder der Schätzungssumme, wo er also bei einem sichern Gewinn gar kein Risiko trägt bezüglich des Absatzes der übergebenen Sache¹!

Jedenfalls steht soviel außer Zweifel, daß der Empfänger einer Sache, die ihm aestimata uendenda übergeben worden ist, die Gefahr tragen muß:

- 1) wenn der in § 2 cit. vorgesehene Fall eintritt: si merces intervenit;
- 2) wenn er den übergebenen Gegenstand nicht mehr unversehrt zurückgeben kann, und so der unter II, a. geltende Satz eintritt²;
- 3) wenn er die Sache für sich selbst behält.

Wie Brinz a. a. O. ausführt, ästimirt der Herr, damit der Trödler wisse, nicht wie theuer er verkaufen, sondern wie viel Geld er heimbringen muß; wie theuer er verkaufe, das ist seine Sache; sein Recht auf den Mehrerlös, unserm Contracte wesentlich, wäre sonst undenkbar.

Diesen Satz in seiner ganzen praktischen Tragweite festhaltend gilt es jetzt, den Einwand, der sich in fr. 17. D. de

¹ „Damit hängt zusammen, daß der Trödler, wenn er die Sache“ (nur) „um den festgesetzten Preis loswerden könnte und“ (darum) „nicht veräußert, dem Eigenthümer nicht verantwortlich wird, und daß anderseits, wenn er mehr dafür löset, dieser Profit ihm verbleibt.“

Sintenis, Civilrecht, Bd. II. § 117.

² In dem Satz: «aut ipsam rem debet incorruptam reddere . . .» liegt implicite die Bestimmung, daß der Empfänger jedenfalls die Gefahr der Verschlechterung der ihm befuß Vertrödung übergebenen Sache tragen müsse, insofern er den durch casus deteriorirten Gegenstand nicht mehr in natura zurückgeben darf, sondern nur noch die aestimatio leisten muß. – Ob nun aber ein durchgreifender Unterschied zwischen dem periculum der Verschlechterung und dem totalen Untergangs besteht, das möchte ich nicht bejahend entscheiden.

præscr. uerb. (19, 5.) Ulpian und in Pauli Sent. II, 4. § 4 dem bisher Eruirten so schroff noch entgegenstellt, zu beseitigen.

So gewiß der Contract, wodurch eine taxirte Sache zum Verkauf hingegeben wird, unter den Verträgen auf Rückgabe eine genau bestimmte Stellung einnimmt, so gewiß ist die aus einem solchen Rechtsgeschäft stammende Klage eine genau bestimmte¹. Sie wird von Theophilus und im Basilikentext erwähnt; ihr ist ein eigener Titel im XIX. Buch der Digesten gewidmet; sie hat die das Specifische des ganzen Contracts hinlänglich bezeichnende Benennung «æstimatoria»; sie hat also einen Namen.

Sie mit den actiones præscriptis uerbis zusammenzuverfen, heißt daher Unversöhnliches vereinigen wollen. Actiones præscr. uerbis sind nämlich nach der übereinstimmenden Erklärung von Julian, Papinian und Celsus in fr. 1—3. D. cit. solche Klagen, die eines civilrechtlichen Namens entbehren.

So schreibt Papinian im achten Buch seiner Quæstionen:

„Bisweilen tritt der Fall ein, daß man dann, wenn die vorhandenen gewöhnlichen Klagen nicht ausreichen, und man keinen besondern Namen dafür ausmachen kann, zu jenen greift, welche «auf das Geschehene gehend» genannt werden.“

Damit wörtlich übereinstimmend sagt Celsus im achten Buch seiner Digesten:

„ — wenn den Klagen die gewöhnlichen und bräuchlichen Namen fehlen, so müssen sie «præscriptis uerbis» angestellt werden“,

und von diesen behauptet Julian im vierzehnten Buch seiner Digesten:

¹ Zu Plautus' Seiten existierte die actio præscriptis uerbis noch nicht, und doch erwähnt Plautus in seinem Mercator I. 1. v. 14—16 den Trödelvertrag: meus pater dedit æstimatas merces: ita peculum conficio grande. Welche Klage war damals zum Schutze dieses Rechtsgeschäfts gegeben, wenn nicht die «æstimatoria actio» schlechtrweg?

„zu ihnen muß man allemal dann seine Zuflucht nehmen, wenn Contracte vorhanden sind, wofür das Civilrecht keine Benennungen hat¹;“

Das fr. 17. D. cit. und andere ebendaselbst sind daher schon aus dem Grunde nicht auf den Trödelcontract zu beziehen, weil sie unter dem Titel: *actiones præscriptis uerbis stehn.*

Obendrein ist in diesem Fragment von dem Sall, wo wir einen Trödelcontract annehmen, rein gar nichts zu verspüren; ein Umstand, der meines Wissens allerdings sämmtlichen Interpreten dieser Stelle entgangen ist.

In fr. 17. D. cit. gibt Ulpian Folgendes als Thatbestand:

„Ich habe dir unter Bestzegung einer Taxe Perlen zum Verkauf übergeben mit der Bedingung, sie entweder selber oder das «*preium*» zurückzugeben. Die Perlen sind vor dem Verkauf zu Grunde gegangen.“

Die hierauf gestellte Frage, wer den Schaden trage, und die von Ulpian gegebene Antwort ist bekannt.

Es kommt in dieser Stelle Alles auf die Bedeutung des Wortes «*preium*» an. Was heißt *preium*? Nie und nimmer, was man mit Dirksen (*Manuale* S. 48 ff. u. a. a. O.) bis heute angenommen: — „Taxe“; es ist unter keinen Umständen mit *æstimatio* zu identificiren.

Æstimatio ist die vom Eigenthümer festgesetzte Taxe, „die Summe, welche“ — um mit Brinz zu reden — „der Empfänger heimbringen muß“: daher auch in fr. 1. D. cit. der Ausdruck «*æstimationem reddere*».

Premium ist der vom Empfänger erzielte „Erlös“, ist der Kaufpreis, ist jene Summe, die unter keinen Umständen kleiner

¹ Diesen Aussprüchen der drei Classiker unter den römischen Juristen folgt in fr. 4. D. (19, 5.) ebenderselbe Ulpian, welche fr. 5. § 3. D. Comm. (13, 6.), fr. 1. pr. und § 1. D. (19, 3.) und fr. 17. D. (19, 5.) geschrieben hat, und der im Anschluß an das vorangehende Fragment Julian's fortfährt: „denn es liegt in der Natur der Sache, daß es mehr Geschäfte als Namen dafür gibt“.

sein darf als die *æstimatio*, sehr wol aber größer, und die sich dann repräsentirt als die *æstimatio plus* jenem Über- schuß, welchen der Trödler für seine Bemühungen in die Tasche steckt, weil „wie theuer er verkauft, seine Sache ist“; daher auch in fr. 17. D. cit. der Ausdruck «*pretium adferre*».

Ebensowenig hat die Stelle aus Pauli Sent. II, 4. § 4. etwas mit dem Sall im dritten Titel des XIX. Buchs der Digesten zu schaffen.

Der kritische Satz dieser Sentenz: „*Si rem æstimatam tibi dedero, ut ea distracta «*pretium*» at me deferres, . . .*“ ist durch die authentische Interpretation desselben in der lex Romana Visigothorum (ed. Haenel S. 356 u. 357), deren Existenz wie bekannt vor die Publikation der Digesten fiel, hinreichend erklärt:

«*Si facto pretio rem uendendam aliquis cuicunque tradiderit, et dum ab eo uendenda profertur, quacunque occasione perierit, ei perit qui eam dederat distrahendam.*»

Hiermit ist jeder Zweifel über die rechtliche Natur des Geschäfts, worin eine taxirte Sache mit der Bestimmung hingegeben worden ist, entweder sie in natura zurückzuerstatten oder den daraus erzielten Erlös, dadurch endgültig beseitigt, daß die Legalinterpretation die Worte: *si rem æstimatam tibi dedero also wiedergibt: si facto pretio rem uendendam . . .*

In dem Sall, wie er in fr. 17. D. cit. und in dieser Sentenz des Paulus vorgesehen, ist also vom Eigenthümer ein limitum¹ festgesetzt, d. h. eine Summe, unter welcher nicht ver-

¹ Gegen diese Auffassung des in fr. 17. D. cit. beschriebenen Rechtsgeschäfts könnte man die Frage erheben: warum in solchem Sall der Eigenthümer nicht einfach die *actio mandati* anstelle?

Dieser Einwand erscheint jedoch schon bei näherer Betrachtung der Entstehung und rechtlichen Natur der pr. uerb. *actiones* als unerheblich.

Die *actiones in factum* verdanken ihre Existenz dem praktischen Lebensbedürfniß. Das alte Contractsystem reichte nicht mehr aus, alle Geschäfte, welche ein reges Verkehrsleben schaffte, in seine Formeln aufzunehmen. Durch Aufstellung der *in factum actio* war ein Ausweg gefunden (vgl. fr. Lipp, *Trödelcontract*.

kauft werden soll; daran ist der mit dem Verkauf Betraute gebunden, darf aber gleichwohl einen etwaigen Mehrerlös nicht für sich behalten, sondern muß Alles, was er durch den Verkauf der Sache erzielt hat, bei Heller und Pfennig dem Eigentümer herausgeben (s. Baron, Pand. 3. Aufl. § 307. S. 491.).

11. D. [19, 5.] Pompon.). „Diese war von vornherein veranlagt, auf Grund der verschiedenartigsten concreten Geschäfte, welche etwa Jurisprudenz und Prätor zur Begründung einer intentio incerti civilis für geeignet erachten möchten, angestellt zu werden“ (s. Karlowa, a. a. O. S. 245 ff.). Die actio pr. uerb. wurde aber auch „behufs größerer Sicherung“ des Contrahenten, der mit seiner Leistung vorangegangen war, im Zweifel neben den Klagen aus den benannten Verträgen gegeben (vgl. fr. 17. pr. D. cit. Ulpian (Commodat): «— an commodati agere possim? Et Uuiianus ait posse. Sed est tutius pr. uerbis», fr. 19. pr. D. cit. Ulpian (Darlehen), fr. 20. pr. und § 1. D. cit. Ulpian (Kauf), fr. 22. D. Gaius (Miethe) und insbesondere fr. 5. § 4. D. cit. Paulus, wo ebenfalls ein „Mandat vorzuliegen scheint“ («et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere»), des „größeren Schutzes halber“ aber noch eine actio pr. uerbis gegeben wird, «quae actio similis erit mandati actioni»).

Das in fr. 17. cit. beschriebene Rechtsgeschäft unterscheidet sich vom Mandat aber ganz insbesondere durch die abweichende Normierung der Haftung des Empfängers für culpa und durch die Vertheilung des periculum.

Der mandatarius haftet für dolus und culpa, dagegen nicht für periculum.

Bei dem in fr. 17. cit. aufgestellten Rechtsverhältnisse liegt die Haftung anders und zwar verschieden je nach den einzelnen Sällen:

In Sall I.: «si quidem ego te rogaui» trägt der Eigentümer das periculum; der Empfänger haftet nur für dolus und die diesem gleichkommende schwere Nachlässigkeit. Vgl. fr. 20. § 2. D. (19, 5.) Ulpian, fr. 32. D. (16, 3.) Celsus, fr. 17. § 2. D. (19, 5.) Ulpian und fr. 1. § 5. D. (44, 7.) Gaius.

Dass der Empfänger nicht auch für culpa leuis einstehe, ergibt sich aus dem Schluss: si neuter nostrum . . . , ut dolum et culpam mihi præstes.

In Sall II.: «si tu me tuum» haftet der Empfänger sogar für casus. Vgl. fr. 17. § 2. (19, 5) Ulpian und fr. 1. § 35. D. (16, 3) idem.

In Sall III.: «si neuter nostrum . . . » haftet der Empfänger für dolus und culpa, also gerade wie der Mandatar. Aber deswegen hier – in diesem einen Sall – einen Auftrag annehmen wollen, heißt den Sinn der Worte: «sed dumtaxat consensimus» schwer erkennen. Dadurch ist das ganze Rechtsgeschäft deutlich genug als Innominatecontract charakterisiert. Ebenso ist die Annahme eines Mandats in Sall II. ausgeschlossen. Hier kann nur von einer Gefälligkeit, welche der Eigentümer dem Empfänger et-

Aus all den bisher entwickelten Gründen erscheint es mir unzweifelhaft:

dass der ganze zweite Satz in fr. I. pr. D. (19, 3.) quotiens enim . . . pr. uerbis actionem als unecht zu streichen sei,

dass der Empfänger das periculum trage und

dass endlich die Klage aus diesem benannten Rechtsgeschäft, mag sie nun actio de aestimato oder estimatoria heißen, von den actiones præscriptis uerbis total verschieden sei.

§ 28. I. de act. (4, 6.) macht jetzt keine Schwierigkeit mehr bezüglich einer richtigen Übersetzung.

„Einige Klagen sind guten Glaubens, andre strengen Rechtns; guten Glaubens sind: die aus dem Kauf, der Miethe, der Geschäftsführung, dem Auftrag, der Hinterlegung, aus dem Gesellschaftsvertrag, der Vormundschaft, der Leihe, ferner die Pfandklage, die Erbtheilungs- und einfache Theilungsklage, die aus den unbenannten Contrakten, die Klage auf Leistung der Schätzungssumme und die welche aus dem Tausch entstanden, ebenso die Erbschaftsklage.“

weist («si tu me rogasti»), nicht aber von einer, die der Empfänger dem Eigentümmer erweist (wie beim Mandat), die Rede sein.

In diesen beiden Fällen konnte es demnach Ulpian gar nicht einfallen, ein Mandat anzunehmen.

Wenn man dagegen in Fall I. trotz der geringen Verhaftung des Empfängers für culpa (der Mandatar hat für omnis culpa einzustehen) der Wendung: «si ego te rogaui» halber auch ein mandatum mea tantum gratia annehmen würde (vgl. fr. I. pr. und § 2. D. [«item siue rogo . . . mandati actio est»] (17, 1.) Paulus und fr. 2. § 1. D. h. t. Gaius), so wäre das meines Erachtens nicht auffallend, zumal dann Ulpian, der für alle Modificationen des in fr. 17. D. cit. beschriebenen Rechtsgeschäfts einen richterlichen Schutz gewähren wollte, den Fällen II. und III. zu Liebe, die gewiß nicht als Mandate aufzufassen sind, eben auch für Fall I. die actio præscr. uerbis gegeben hätte. Ich möchte das aus Ulpian's Worten: «actio autem ex hac causa utique erit præscriptis uerbis» herauslesen.



202
12/2/2011





C. S. Winter'sche Buchdruckerei.



